

REVUE PÉNITENTIAIRE

ET DE

DROIT PÉNAL

SOMMAIRE

N° 4, octobre-décembre 2013

Chantal CUTAJAR

La lutte contre la grande délinquance économique et financière après les lois du 6 décembre 2013.

Jean PRADEL

Approche croisée du procès pénal français et néerlandais.

Séraphine Tergalisse Nga ESSOMBA

Le droit pénal international et la lutte contre la violence : aspect criminologique.

Gilles GRÉCOURT

L'autorité de la chose jugée et la peine.

Bernard du PUY-MONTBRUN

La Parité processuelle en droit canonique.

François-Xavier ROUX-DEMARE

Liberté, sexe et droit : une confrontation terminologique conditionnée par la protection des mineurs.

Claire MANDON

La compatibilité de la rétention de sûreté à la Conv. EDH. : la rétention de sûreté et le temps, les liaisons dangereuses.

Andra IFTIMIEI

Perspectives constitutionnelles et pénales sur le droit à la vie privée : vision comparative entre la France et la Roumanie.

ÉDITIONS CUJAS

**LIBERTÉ, SEXE ET DROIT :
UNE CONFRONTATION TERMINOLOGIQUE
CONDITIONNÉE PAR LA PROTECTION DES MINEURS¹**

François-Xavier ROUX-DEMARE

*Maître de conférences à l'Université de Bretagne occidentale
Centre de recherche en droit privé – CRDP (EA 3881)*

DOCTRINE

« *Liberté, sexe et droit* », l'association de ces termes n'est pas anodine, ni dans leur choix ni dans l'ordre d'apparition. Certes, le choix d'associer ces trois termes ne relève pas d'une originalité sans commune mesure. Pourtant, il faut constater que l'on se limite régulièrement à l'unique opposition duale « *sexe et droit* »², comme l'illustre les intitulés de plusieurs ouvrages³ ou d'articles de revue⁴. *A contrario*, il est plus courant de parler de la « *liberté sexuelle* » que du « *sexe* », cette expression étant plus réductrice que le terme « *sexe* » englobant le sexe-organe ou le sexe-comportement. Dès lors, l'association des termes « *liberté* » et « *sexe* » semble revêtir une dimension sociale et humaine plus évidente.

De même, l'ordre d'apparition de ces mots ne dépend pas d'une simple considération phonétique. Ces termes possèdent une liaison évidente. L'ordre proposé permet de mettre en exergue cette relation sous-jacente. La liberté se définit « *négativement lorsqu'on l'appréhende en lien avec une réalité extérieure : elle est alors la capacité à ne pas être entravé, ne pas être victime des pressions ou des contraintes. Mais, pour le sujet, elle est positivement la faculté de se déterminer en connaissance de cause* »⁵. La double acception de cette définition prend tout son sens par son association au terme « *sexe* », tant dans l'appréhension de l'organe sexuel que de la sexualité. L'association au dernier terme « *droit* » accentue la délimitation des possibilités de l'homme vis-à-vis du sexe, par la prévision des comportements autorisés ou incriminés.

La jonction de ces trois termes fait apparaître trois distinctions. Il existe aujourd'hui la liberté de choisir son sexe dès lors que la preuve est rapportée d'une erreur naturelle à la naissance dans l'attribution du sexe biologique. Cette liberté se présente comme le corollaire de la liberté de disposer de son corps. Toutefois, les demandes de changement de sexe se distinguent profondément des opérations de chirurgie esthétique⁶. S'il s'agit d'une liberté, celle-ci s'appréhende à travers de nombreuses contraintes. En France, la « *transsexualisation* » nécessite le respect d'une procédure médicale complexe auprès d'une équipe médicale. Ainsi, la prévision de

1. Cet article a fait l'objet d'une présentation orale lors de la manifestation intitulée le « *Printemps de la fac* », à la Faculté pluridisciplinaire de Bayonne - Anglet - Biarritz de l'Université de Pau et des pays de l'Adour, le 11 avril 2013.

2. Le constat est similaire avec le terme « *sexualité* » en lieu et place de « *sexe* ».

3. Par exemple : F. CABALLERO, *Droit du sexe*, Paris, LGDJ, 2010, 747 p. ; B. PY, *Le sexe et le droit*, Paris, PUF, coll. « *Que sais-je ?* », 1999, 127 p. ; O. DUBOS et J.-P. MARGUENAUD, *Sexe, sexualité et droits européens. Enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Pedone, coll. « *Droits européens* », 2007, 156 p.

4. D. BORRILLO, « *Le sexe et le droit* », in *Droit et grands enjeux du monde contemporain*, Paris, La documentation française, 2012, p. 117 ; D. BORRILLO, « *Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi* », *Jurisprudence – Revue critique* 2011 p. 263.

5. F. LAUPIES, *La liberté*, Paris, PUF, coll. « *Que sais-je ?* », 2004, p. 122.

protocoles doit permettre d'encadrer cette importante procédure de transformation physique pour les personnes relevant du syndrome de transsexualisme. Le changement de sexe se présente comme une possibilité, bien qu'elle implique la réalisation d'un parcours critiqué, ouvert aux personnes remplissant certains critères⁷. Les précautions prises autour de cette opération s'expliquent notamment par les conséquences de cette transformation, les risques pour la santé du patient mais également parce que cette intervention est réalisée sur un organe sain. Dès lors, la reconnaissance du transsexualisme possède désormais de véritables conséquences juridiques. Sous l'impulsion impérative de la Cour européenne des droits de l'homme à travers des condamnations remarquées, la personne transsexuelle obtient une modification de son état civil⁸ ainsi que le droit de se marier⁹ avec une personne de l'autre sexe¹⁰. Un décret de 2010¹¹ a paré cette reconnaissance socio-juridique par la suppression du transsexualisme de la liste des maladies mentales.

De plus, toute personne peut désormais choisir librement son orientation sexuelle. Depuis le vote favorable à la dépénalisation de l'homosexualité le 27 juillet 1982 par l'Assemblée nationale sur une proposition du ministre de la Justice, M. Robert Badinter¹², les relations hétérosexuelles, homosexuelles ou bisexuelles sont placées sur un plan d'égalité du point de vue du comportement sexuel. En effet, la loi n° 82-683 du 4 août 1982¹³ abroge l'article 331 alinéa 2 du Code pénal qui dispose jusqu'alors que « sera puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 60 F à 20 000 F quiconque aura commis un acte impudique ou contre nature avec un individu mineur du même sexe ». La suppression de cet alinéa fait disparaître la distinction entre la majorité sexuelle hétérosexuelle fixée à 15 ans et la majorité sexuelle homosexuelle fixée à 18 ans¹⁴. Puis, il faut attendre 1992 pour que

6. Notons que certains pays traitent cette opération médicale selon des procédures plus souples, ce qui favorise l'émergence du tourisme médical vers des pays comme la Thaïlande.

7. Voir notamment : Haute autorité de santé (HAS), *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France*, Service évaluation des actes professionnels, Novembre 2009, 223 p.

8. CEDH, 25 mars 1992, *Affaire B. c/ France*, req. n° 13343/87 ♦ Cass. [Ass. plén.], 11 déc. 1992, pourvois n° 91-11.900 et n° 91-12.373, *Bull. civ.* n° 13.

9. CEDH, 11 juill. 2002, *Affaire Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, req. n° 28957/95.

10. Il s'agit d'une personne du sexe opposé d'un point de vue juridique, soit une personne du même sexe d'un point de vue biologique (naissance).

11. D. n° 2010-125, 8 févr. 2010, portant modification de l'annexe figurant à l'article D. 322-1 du code de la sécurité sociale relative aux critères médicaux utilisés pour la définition de l'affection de longue durée « affections psychiatriques de longue durée », *JORF* n° 0034, 10 févr. 2010, p. 2398, texte n° 32.

12. Le Sénat a rejeté cette proposition de dépénalisation dans sa séance du 23 juillet 1982. L'Assemblée nationale a alors statué définitivement par application de l'article 45, alinéa 4 de la Constitution. Voir Assemblée nationale, *Compte rendu intégral*, Troisième session extraordinaire de 1981-1982, 2^{ème} séance du mardi 27 juillet 1982, p. 4873 et s.

13. L. n° 82-683, 4 août 1982, abrogeant le deuxième alinéa de l'article 331 du Code pénal, *JORF* 5 août 1982, p. 2502.

14. Dans la rédaction précédente de l'article 331 de l'ancien Code pénal, l'âge est fixé à vingt et un ans. La distinction entre les majorités sexuelles hétérosexuelles et homosexuelles était alors plus importante. Soulignons que plusieurs États ont fait l'objet d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme en raison de la pénalisation de l'homosexualité (CEDH, 22 oct. 1981, *Affaire Dudgeon c/ Royaume-Uni*, req. n° 7525/76 ♦ CEDH, 26 oct. 1988, *Affaire Norris c/ Irlande*, req. n° 8225/78 ♦ CEDH, 22 avr. 1993, *Affaire Modinos c/ Chypre*, req. n° 15070/89) ou d'une distinction entre les majorités sexuelles hétérosexuelles et homosexuelles (CEDH, 9 janv. 2003, *Affaire L. et V. c/ Autriche*, req. n° 39392/98 et 39829/98 ♦ CEDH, 10 févr. 2004, *Affaire B.B. c/ Royaume-Uni*, req. n° 53760/00).

l'homosexualité
reconnaissance
grande avancée
législative du
pacte de solidarité
même sexe¹⁶.
Conseil constitué
la Justice, garde
mariage pour to
lecture, le 23
déclarant la co
17 mai 2013²².
il faut regretter
débat parlement

La troisième et c
mœurs a égale
lesquels ont pro
Deux types d'ex
évoqué concern
multiplier les co
relations avec p
l'adultère n'est pl
droit à une rec
répercussions en
une personne pe
consenties et c
l'échangisme se
dans les liens du

15. La Cour européenne de l'orientation sexuelle
marge d'appréciation
n° 30141/04), elle lu
et R. c/ Royaume-Uni
Affaire Kozak c/ Pologne

16. Alors que cette loi concerne les couples homosexuels

17. Par exemple : C

18. Par exemple : C

19. Assemblée nationale
même sexe, présent
Taubira, garde des S
nationale le 7 novem

20. AN, *Projet de loi*
modification en 2^{ème}
« Petite loi ».

21. Cons. const., 17
de personnes de mé

22. L. n° 2013-404, 1
JORF n° 0114, 18 mai

23. Il faut également
pénalement (art. 433-

24. V. LARRIBAU-TERN
Pau, 2^e ch., sect. 2, 6

l'homosexualité ne soit plus considérée comme une maladie mentale en France. La reconnaissance sociale de l'homosexualité se réalise progressivement¹⁵. Une grande avancée dans cette reconnaissance intervient en 1999 avec la consécration législative du concubinage ouvert aux personnes de même sexe et la création du pacte de solidarité civile devant initialement offrir un statut privilégié aux couples de même sexe¹⁶. Après les différentes décisions des juridictions judiciaires¹⁷ et du Conseil constitutionnel¹⁸ refusant de consacrer le mariage homosexuel, la ministre de la Justice, garde des Sceaux, Christiane Taubira, présente un projet de loi sur le mariage pour tous¹⁹. Ainsi, l'Assemblée nationale a adopté ce projet, en deuxième lecture, le 23 avril 2013²⁰, donnant lieu à la saisine du Conseil constitutionnel déclarant la conformité de la loi à la Constitution²¹ et à une ratification le 17 mai 2013²². Si ce texte doit parfaire la reconnaissance des droits de ces couples, il faut regretter la multiplication des propos et des actes homophobes en marge du débat parlementaire.

La troisième et dernière distinction concerne les pratiques sexuelles. L'évolution des mœurs a également eu une influence notable sur les comportements sexuels, lesquels ont provoqué une intervention juridique dans différentes branches du droit. Deux types d'exemple illustrent cette influence. Le premier exemple pouvant être évoqué concerne les relations avec des partenaires multiples. Une personne peut multiplier les conquêtes amoureuses ou sexuelles. Elle peut alors entretenir des relations avec plusieurs personnes, même la personne mariée. Depuis 1975, l'adultère n'est plus sanctionné pénalement. Toutefois, une seule relation peut ouvrir droit à une reconnaissance du couple, les autres relations pouvant avoir des répercussions en constituant une infidélité voire une infraction pénale²³. De même, une personne peut également multiplier ces conquêtes avec des relations sexuelles consenties et consommées entre trois personnes ou plus. Le libertinage et l'échangisme se présentent comme des pratiques sexuelles autorisées, y compris dans les liens du mariage si les deux membres du couple l'acceptent²⁴.

15. La Cour européenne des droits de l'homme participe activement au respect du choix de l'orientation sexuelle. Si elle se montre encore réservée sur le droit au mariage renvoyant à la marge d'appréciation des États (CEDH, 24 juin 2010, *Affaire Schalk et Kopf c/ Autriche*, req. n° 30141/04), elle lutte contre les discriminations à l'emploi (CEDH, 22 oct. 2002, *Affaire Perkins et R. c/ Royaume-Uni*, req. n° 43208/98 et 44875/98) ou au droit au bail (CEDH, 2 mars 2010, *Affaire Kozak c/ Pologne*, req. n° 13102/02).

16. Alors que cette union civile se présente comme une réponse aux revendications des couples homosexuelles, les PACS sont conclus principalement par des couples hétérosexuels.

17. Par exemple : Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2007, *Bull. civ. I*, n°

18. Par exemple : Cons. const., 28 janvier 2011, déc. n° 2010-92 QPC.

19. Assemblée nationale, *Projet de loi n° 344* ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, présenté au nom de M. Jean-Marc Ayrault, Premier ministre, par Christiane Taubira, garde des Sceaux, ministre de la Justice, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 7 novembre 2012.

20. AN, *Projet de loi* ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, adopté sans modification en 2^{ème} lecture par l'Assemblée nationale le 23 avril 2013, *Texte adopté* n° 120 « *Petite loi* ».

21. Cons. const., 17 mai 2013, déc. n° 2013-669 DC, sur la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

22. L. n° 2013-404, 17 mai 2013, ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF* n° 0114, 18 mai 2013, p. 8253, texte n° 3.

23. Il faut également rappeler que la bigamie est interdite en France et est sanctionnée pénalement (art. 433-20 C. pén.).

24. V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Libertinage et échangisme ne sont pas adultère ! Obs. sous CA Pau, 2^e ch., sect. 2, 6 février 2006 », *Dr. fam.* 2006, comm. 165.

Le second exemple relatif aux pratiques sexuelles concerne les pratiques sexuelles violentes plus connues sous les termes « *masochisme* » et « *sadomasochisme* ». Il s'agit du besoin d'éprouver ou de faire subir une souffrance physique pour atteindre une jouissance sexuelle. Ce comportement se distingue du sadisme se présentant comme un acte de cruauté bien souvent imposé à une victime. D'ailleurs, « *autant le sadisme fait peur, autant le masochisme ferait plutôt sourire* »²⁵. Si le droit pénal national sanctionne les violences en France, même lorsqu'elles sont consenties, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme fait prévaloir le respect de la vie privée, tout en sanctionnant les pratiques abusives lorsque le consentement aux actes de violence disparaît²⁶. Il s'agit ainsi de concilier le respect de la vie privée avec la dignité humaine.

On constate alors que la liberté sexuelle est immense, ce qu'illustrent d'autant plus les effets de mode récents avec la médiatisation et la démocratisation de l'utilisation des « *sex-toys* » ou du bondage. Ainsi, la principale limite à la liberté sexuelle concerne la liberté d'autrui d'accepter ou de refuser l'acte sexuel. Le sexe est conditionné par la notion de consentement sur lequel s'appuient les principales incriminations en matière sexuelle. En effet, le viol, l'agression, le harcèlement et l'exhibition sexuels sont des actes imposés à la victime. Cette affirmation peut être nuancée en raison de l'obligation aux relations sexuelles dans le cadre du mariage, véritable devoir conjugal prévu à l'article 212 du Code civil. Bien qu'exceptionnelle, la récente condamnation d'un époux à 10 000 euros de dommages et intérêts, en raison de l'abstinence imposée à son épouse, démontre que ce texte n'est pas tombé en désuétude²⁷. Si le viol entre époux a été reconnu par la Cour de cassation²⁸, la persistance de cette obligation peut être de nature à influencer le consentement.

Puis, la liberté sexuelle trouve une seconde limite par l'interdiction de certains accouplements avec l'interdiction de la zoophilie et de la nécrophilie, ainsi que la limitation d'autres accouplements en raison des rapports familiaux. Si pour certains auteurs, l'inceste n'est plus un tabou²⁹, ce comportement semble rester une perversion sexuelle difficilement acceptable socialement, d'autant qu'il concerne bien souvent l'enfant. Son introduction dans le Code pénal par une loi du 8 février 2010³⁰ illustre cette réprobation, bien que les dispositions concernées firent l'objet d'une inconstitutionnalité en raison d'une rédaction maladroite³¹. Néanmoins, les relations incestueuses sont permises entre personnes majeures, avec un aménagement juridique relatif à la reconnaissance du couple³² et à la filiation³³.

25. G. BONNET, *Les perversions sexuelles*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2007, p. 59.

26. CEDH, 17 févr. 2005, *Affaire K. A. et A. D. c/ Belgique*, req. n° 42758/98 et 45558/99 ♦ CEDH, 16 sept. 2008, *Affaire Pay c/ Royaume-Uni*, req. n° 32792/05.

27. CA Aix-en-Provence, 3 mai 2011, *RG n° 09/05752* ; E. PIERROUX, « En mariage, ton époux tu honoreras ! », *Gaz. Pal.*, 24 nov. 2011, n° 328, p. 9.

28. Cass. crim., 5 sept. 1990, *Bull. crim. n° 313* ♦ Cass. crim., 11 juin 1992, *Bull. crim. n° 232*.

29. P. MALAURIE, *La famille*, 6^e éd., Cujas, 1998, § 177, p. 100.

30. L. n° 2010-121, 8 févr. 2010, tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux, *JORF n° 0033*, 9 févr. 2010, p. 2265, texte n° 1.

31. Cons. const., 17 février 2012, déc. n° 2011-222 QPC.

32. Voir les empêchements à conclure un PACS (C. civ., art. 515-2) ou à mariage (C. civ., art. 161 à 164). S'il existe une correspondance entre les empêchements à conclure ces unions, ces interdictions sont absolues pour le PACS alors que le mariage prévoit plusieurs dispenses.

33. La filiation ne peut être établie qu'à l'égard d'un des parents, l'article 310-2 du Code civil prohibant l'établissement de la filiation à l'égard de l'autre.

Aux côtés de
plus particulièrement
entre mineurs
giques, socio-
protection du
liberté sexuelle
problématique

I – LA DÉTERMINATION

La confrontation
tissage de la
commencer p
protectrices so
découverte de

A – LES CONSEQUENCES

Si le Code civil prévoit
aucune disposition
Bien évidemment
la victime. La
consenties. D
par l'incrimina
textes relatifs
sanctionne «
surprise une
comportement
d'amende. Air
relations hétéro
choix de cet âge
partir de 15 an
La personne r
relation sexuelle
définition juridi
nation. La péda
désigne les co
souvent pré-pu
le terme « *péc
vue juridique e*

34. C. civ., art. 161-1, tendant à améliorer la prévention et la répression des infractions de violence sexuelle (JORF n° 81, 5 août 2010).

35. Un document de l'UNESCO sur la culture (UNESCO, 1999) définit « *une aberration ou un abus sexuel d'adultes sur des mineurs, ou d'adultes sur des adultes, ou d'abus sexuel d'adultes sur des adultes* » que celui de 15

Aux côtés de ces facteurs conditionnant la liberté sexuelle, il convient de distinguer plus particulièrement la place du mineur. La sexualité du mineur (avec un mineur ou entre mineurs) soulève de nombreuses problématiques philosophiques, psychologiques, sociologiques mais également juridiques. En effet, il faut remarquer que la protection du mineur est à l'origine des principales règles d'encadrement de la liberté sexuelle (I). Cette protection est aujourd'hui confrontée avec acuité aux problématiques relatives à la sexualité virtuelle (II).

I – LA DÉTERMINATION DE LA MAJORITÉ SEXUELLE

La confrontation de la nécessaire protection des mineurs et de l'évident apprentissage de la sexualité impose l'adoption d'un certain nombre de règles, à commencer par la délicate détermination de la majorité sexuelle (A). Ces dispositions protectrices sont éprouvées par l'évolution des comportements des mineurs dans leur découverte des nouvelles expériences de la vie (B).

A – LES CONSÉQUENCES DU CHOIX D'UN ÂGE FIXANT UN SEUIL

Si le Code civil prévoit l'âge légal pour conclure un contrat ou pour se marier, aucune disposition de ce code ne concerne l'âge pour avoir des relations sexuelles. Bien évidemment, les relations non consenties sont interdites quel que soit l'âge de la victime. La difficulté concerne la fixation de l'âge pour entretenir des relations consenties. Dès lors, la détermination de la majorité sexuelle dépend du droit pénal par l'incrimination des comportements interdits. La majorité sexuelle se déduit des textes relatifs aux atteintes sexuelles sur mineur. L'article 227-25 du Code pénal sanctionne « *le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans* », comportement puni par les peines de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Ainsi, la majorité sexuelle en France est fixée à 15 ans, tant pour les relations hétérosexuelles qu'homosexuelles, comme souligné précédemment. Le choix de cet âge se calque sur les anciennes dispositions sur le mariage, autorisé à partir de 15 ans pour les filles avant la récente réforme élevant cet âge à 18 ans³⁴. La personne majeure commet donc une infraction dès lors qu'elle entretient une relation sexuelle avec un mineur âgé de moins de 15 ans. D'ailleurs, l'éventuelle définition juridique de la « *pédophilie* » peut s'effectuer par référence à cette incrimination. La pédophilie n'est pas un concept juridique mais un terme générique qui désigne les comportements traduisant une attirance sexuelle pour les enfants, bien souvent pré-pubère mais également adolescent. Bien que l'on associe généralement le terme « *pédophilie* » aux actes sur les jeunes enfants impubères, d'un point de vue juridique et en l'absence d'autre seuil³⁵, il pourra s'agir de l'utilisation de l'enfant

34. C. civ., art. 144, à la suite de la réforme réalisée par L. n° 2006-399, 4 avr. 2006, renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs (JORF n° 81, 5 avr. 2006, p. 5097, texte n° 1).

35. Un document de travail de l'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) précise que « *la plupart des dictionnaires définissent la pédophilie comme une aberration ou une perversion où les objets sexuels de prédilection sont des enfants pré pubères, généralement âgés de moins de 13 ans. Ainsi définie, la pédophilie est synonyme d'abus sexuel d'enfants* ». Néanmoins, le Code pénal français ne possédant aucun autre seuil que celui de 15 ans, il est le seul à pouvoir fournir une définition juridique de ce concept.

âgé de moins de 15 ans comme partenaire sexuel d'un adulte, peu importe que celui-ci soit ou non consentant. Si la pédophilie peut être perçue comme « un symptôme de notre époque où l'on a tendance à transformer l'enfant en objet de consommation »³⁶, la question relative à cette perversion semble plus difficile à appréhender en raison des problèmes afférents à la fixation d'un âge.

La détermination de cet âge-seuil n'est pas sans soulever de nombreuses difficultés. La comparaison historique de la majorité sexuelle sème un premier trouble. Fixée à 11 ans, elle est augmentée à 13 ans en 1863. Le seuil actuel de 15 ans est fixé en 1945³⁷. Le second trouble provient de la comparaison en droit comparé, qui souligne l'appréhension hétéroclite relative à ce seuil. Celui-ci est actuellement de 12 ans au Vatican, de 13 ans en Espagne, de 14 ans en Italie, de 15 ans au Danemark, de 16 ans en Belgique, de 17 ans en Irlande et de 18 ans à Malte. Ainsi, un acte infractionnel (ou de pédophilie) de nos jours n'était pas nécessairement qualifié de la sorte dans les époques antérieures. De même, un acte infractionnel (ou de pédophilie) en France n'aura pas forcément la même qualification dans un autre État, y compris aux frontières du pays.

La difficulté réside donc dans la détermination de l'âge offrant la maturité suffisante pour être capable de consentir à l'acte sexuel et « à partir duquel on est censé pouvoir repousser des avances »³⁸. Cependant, cette maturité est personnelle. Elle s'acquière au fur et à mesure de sa construction en tant que personne, ce qui n'est pas sans soulever un grand nombre de questions auprès des adolescents à commencer par l'éducation et l'apprentissage³⁹. On ne devient pas « mature sexuellement » au jour de son quinzième anniversaire ! Cette affirmation est corroborée par plusieurs arrêts de la Cour de cassation qui a, dans certaines affaires, écarté l'existence de l'infraction malgré l'âge du mineur inférieur à 15 ans. Il faut rappeler que l'âge de la victime d'une atteinte sexuelle est l'exemple privilégié de l'erreur de fait. Il s'agit d'une erreur sur les circonstances de l'infraction, dans ce cas sur la personne, qui entraîne la disparition de l'intention. Ainsi, la personne faisant l'objet de poursuites devra mais pourra justifier qu'elle a pu légitimement se tromper sur l'âge du mineur⁴⁰. Il faut convenir que certains adolescents peuvent présenter les attributs physiques et le comportement d'un adulte, du moins d'un jeune majeur. La Cour de cassation a pu écarter le seul fait de l'aspect physique de la victime⁴¹. De plus, certaines décisions reprochent à l'auteur de ne pas avoir effectué des vérifications sérieuses sur l'âge de la victime⁴². Néanmoins, d'autres décisions prennent en considération l'aspect physique et les affirmations du mineur mentant sur son âge⁴³, voire

UNESCO, Réunion d'experts sur : « L'exploitation sexuelle des enfants, pornographie impliquant des enfants et pédophilie sur l'Internet : un défi internationale - UNESCO, Paris, Salle II, 18-19 janvier 1999 », *Document de travail*, CII-98/CONF. 605/1 (F), p. 3.

36. G. BONNET, *Les perversions sexuelles*, préc., p. 108.

37. D. BORRILLO, « Le sexe et le droit », préc., p. 123.

38. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz, coll. « Précis », 2008, § 1577, p. 953.

39. B. GŁOWCZEWSKI, *Adolescence et sexualité, L'entre-deux*, PUF, coll. « Les champs de la santé », 1995, p. 108 et s.

40. Nous pouvons appuyer le raisonnement qui suit sur la jurisprudence relative aux atteintes sexuelles et à la corruption de mineurs : Cass. crim., 7 févr. 1957, *Bull. crim.* n° 126.

41. Cass. crim., 4 janv. 1902, *Bull. crim.* n° 11.

42. CA Paris, 9 oct. 2003, *Juris-Data* n° 2003-224542.

43. CA Montpellier, 17 janv. 2008, *Juris-Data* n° 2008-355401 ♦ CA Paris, 4 juill. 1989, *Juris-Data* n° 1989-024422 ♦ CA Paris, 6 nov. 1986, *Juris-Data* n° 1986-027633.

soulignent c
victime⁴⁴. C
à la situation
possible d'i
suffisante p
trouble ment
différentes ir
une contrain
l'infraction de

Autre compli
effet, cet âge
L'article 227-
avec une pe
commis par
parents. Le
victime en rai
qui abuse de
etc.). Cette
propositions c

Cet âge est
225-12-1 du C
avec un mine
contre le « t
également l'E

Le dernier ob
France provie
« détourneme
important défa
il est courant c
fondement de
« petit copain
ne donnent pa
différence d'â
judiciaires info
distinction entr

Ces différents
15 ans de la m
13 ans ayant p

44. CA Nîmes, 1

45. Cette situati
poursuite judiciai
de discernement
Cette observati

46. F.-X. Roux-D
présentée à l'Uni
2012, dactylograp

47. Notons que l
rapports sexuels
Bourges, 18 juin 1

soulignent qu'il n'est pas démontré que le mis en cause connaissait la minorité de la victime⁴⁴. Cette jurisprudence confuse soulève les difficultés d'appréciation relatives à la situation, qui semble nécessiter un traitement au cas par cas. *A contrario*, il est possible d'imaginer qu'un mineur de plus de 15 ans ne possède pas la maturité suffisante pour consentir à des relations sexuelles, sans pour autant souffrir d'un trouble mental. Si cela peut apparaître comme un cas d'école⁴⁵, on pourra envisager différentes incriminations en fonction des circonstances de l'affaire, en caractérisant une contrainte ou une surprise pour une agression sexuelle ou en se fondant sur l'infraction de corruption de mineurs.

Autre complication juridique, ce seuil de 15 ans varie dans certaines situations. En effet, cet âge est élevé à 18 ans en raison de la qualité de l'auteur de l'infraction. L'article 227-27 du Code pénal incrimine les relations incestueuses ou les relations avec une personne ayant autorité sur le mineur. Le premier cas concerne les actes commis par un ascendant légitime, naturel ou adoptif : les parents ou les grands-parents. Le second cas concerne la personne qui abuse de son autorité sur la victime en raison d'une relation privilégiée (instituteur, professeur, éducateur, etc.) ou qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions (policier, gendarme, magistrat, etc.). Cette prévision s'explique notamment pour protéger le mineur contre des propositions où sa résistance fera plus facilement défaut.

Cet âge est également élevé à 18 ans pour les actes de prostitution. L'article 225-12-1 du Code pénal incrimine le fait d'avoir des relations sexuelles rémunérées avec un mineur. Cette lutte contre la prostitution des mineurs s'inscrit dans une lutte contre le « *tourisme sexuel* », qui touche les pays en voie de développement mais également l'Europe⁴⁶.

Le dernier obstacle, social, qui complique la justification de ce choix de cet âge en France provient de la croyance persistante de l'existence d'une infraction de « *détournement de mineur* » protégeant l'ensemble des mineurs. Il existe un important défaut de connaissance relatif à cet âge de la majorité sexuelle. Dès lors, il est courant que le parquet reçoive des demandes relatives à des poursuites sur le fondement de la corruption de mineurs car leur enfant mineur de plus de 15 ans a un « *petit copain* » ou une « *petite copine* » plus âgé(e) et majeur(e). Ces demandes ne donnent pas lieu à des poursuites quand elles se fondent uniquement sur cette différence d'âge. Toutefois, cette méconnaissance et ces tentatives de poursuites judiciaires infondées démontrent les éventuelles incompréhensions relatives à une distinction entre les majorités civile et sexuelle.

Ces différents éléments expliquent que des discussions existent quant à la fixation à 15 ans de la majorité sexuelle. Des arguments invitent à abaisser cet âge, le seuil de 13 ans ayant pu être évoqué⁴⁷, mais cette proposition semble assez peu probable.

44. CA Nîmes, 10 janv. 2006, *Juris-Data* n° 2006-306339.

45. Cette situation doit certainement se rencontrer fréquemment en pratique. Toutefois, la poursuite judiciaire sera difficile à déclencher en raison de l'existence évidente d'une capacité de discernement du mineur confrontée à l'incrimination d'atteinte sexuelle fixant l'âge de 15 ans. Cette observation nous invite à parler de cas d'école, par référence à la pratique judiciaire.

46. F.-X. ROUX-DEMARE, *De l'entraide pénale à l'Europe pénale*, Thèse pour le doctorat de droit présentée à l'Université Jean Moulin Lyon 3, sous la direction de M^{me} Annie Beziz-Ayache, 2012, dactylographié, tome 1, § 301, p. 282.

47. Notons que la Cour d'appel de Bourges a établi qu'une enfant de 13 ans a entretenu des rapports sexuels complets et « *s'est prêtée de son plein gré aux désirs de son père* ». CA Bourges, 18 juin 1987, *Juris-Data* n° 1987-043545.

Au contraire, d'autres arguments – dont la protection du mineur contre des abus sexuels – incitent à maintenir voire à élever cet âge. La réponse à cette question de la fixation d'un âge déterminé est d'autant plus difficile au regard des nouvelles « *tendances* » de la sexualité des adolescents.

B – LA CONFRONTATION À UNE NOUVELLE RÉALITÉ : L'EXEMPLE DES « *SKINS PARTY* »

La sexualité du mineur est difficile à appréhender puisqu'il faut concilier la liberté de l'adolescent à découvrir son corps et sa sexualité tout en organisant sa protection pour parer aux dangers auxquels il peut être exposé. Cette situation paradoxale peut être illustrée par deux observations. D'un côté, il revient aux établissements scolaires de proposer des cours relatifs à la sexualité pour permettre une information de l'adolescent. En outre, les ravages du SIDA appellent à multiplier les campagnes de prévention, y compris auprès des jeunes populations en âge d'avoir des rapports sexuels. Il faut alors permettre un accès effectif à l'information relative à la sexualité. D'un autre côté, différentes mesures législatives et jurisprudentielles permettent d'établir des limites dans la proximité entre le sexe et les mineurs. Ainsi, la Cour de cassation a refusé l'installation d'un établissement de vente d'objets à caractère pornographique à proximité d'un établissement d'enseignement⁴⁸. Ce refus n'a pas été analysé comme une atteinte manifestement disproportionnée à la liberté d'entreprendre au regard de l'objectif poursuivi d'une protection renforcée de l'enfance. Quand bien même les mineurs n'auraient pas eu l'autorisation de pénétrer dans le dit établissement, sa protection a justifié cette interdiction.

Néanmoins, cet exemple peut paraître bien anodin au regard d'autres situations plus originales. Si les précédentes générations étaient confrontées à l'organisation des « *booms* », il faut aujourd'hui faire face aux « *Skins party* » ou « *Skins parties* », ou des fêtes possédant les mêmes caractéristiques. Ce mouvement est tiré d'une série anglaise intitulée « *Skins* ». Le principe de ces soirées est de transgresser tous les interdits, tant du point de vue de la consommation de certains produits que pour les rapports sexuels. Plus simplement, ces soirées permettent les excès : boire de l'alcool, prendre des stupéfiants, mais également avoir des expériences sexuelles diverses, hétérosexuelles – homosexuelles ou en multipliant les partenaires. Il s'agit alors de réunir des « *skinneurs* » qui se déguiseront ou s'habilleront avec une tenue vestimentaire réfléchie et provocante, pour faire la fête sans aucune limite et alors que « *tout est permis* ».

L'organisation de ces soirées ne soulève pas une improbation s'agissant de personnes majeures entre elles, que se soit socialement ou juridiquement. Cependant, les personnages de la série « *Skins* » sont des adolescents de 16-17 ans. Le mouvement ou l'engouement pour les « *Skins party* » a entraîné la multiplication de l'organisation de soirées établies sur ce principe au Royaume-Uni, en Belgique, en Suisse et également en France. Il s'agit alors de trouver un lieu pour se réunir entre adolescents ou jeunes majeurs pour réaliser diverses expériences. Pour plus de discrétion et éviter d'éventuelles interventions des forces de l'ordre, les participants sont avertis du lieu de la soirée tardivement, 24 à 48 heures avant. Il faut toutefois distinguer les vraies soirées « *Skins party* » ou « *SP* » des soirées commerciales organisées dans des discothèques. Ces soirées sur un thème commercial soulèvent les mêmes problématiques que toute autre soirée pouvant accueillir des mineurs,

48. Cass. crim., 22 janv. 2013, pourvoi n° 12-90.065.

mais elles font l'objet
problème se porte
similaires sans en
problèmes en rais

Il serait éventuelle
vue social et psy
voulant fuir la pe
article.

Dès lors, il s'agit
peuvent soulever.
courte médiatisati
période, principale
ment déplorer auc
voire le législateur
comme l'illustre v
une scène de viol
tion de ce phénorr
la France, le législ
éviter toute étendu
à ce texte d'incrim

La question qui se
fondement d'une i
cela n'implique pa
d'alcool et de stup
tions spécifiques d
dans le Code pén
(alcool)⁵⁴. Compte
la problématique
s'apparenter à de
relations s'effectue
entre 15 et 25 ar
peuvent faire l'ob
corruption de mine
apparaît comme le
soirées, notamme

49. F. BERTEAU, «
14 septembre 2009.

50. Parmi quelques
no limit » diffusé su
Envoyé spécial diffu
« Porno, Internet, S
d'Enquête et révélati
face cachée des ado

51. C. pén., art. 222

52. E. DREYER, *Droit*

53. L'article 227-18-

mineur à transporter,

54. Si l'incrimination
occasionnel, l'incrimi
excessive, rendant C

mais elles font l'objet d'un plus grand encadrement empêchant certaines dérives. Le problème se porte principalement sur les vraies soirées « *Skins party* » ou fêtes similaires sans en porter le nom. Le principe de ces soirées soulève alors divers problèmes en raison de l'âge des participants.

Il serait éventuellement intéressant d'analyser le principe de ces soirées d'un point de vue social et psychologique. L'accent peut être mis sur une jeunesse angoissée voulant fuir la peur de l'avenir⁴⁹. Cependant, ce n'est pas l'objet premier de cet article.

Dès lors, il s'agit d'étudier ces soirées au regard des problèmes juridiques qu'elles peuvent soulever. Il faut au préalable souligner que ces soirées ont fait l'objet d'une courte médiatisation, avec la multiplication de reportages télévisuels sur une courte période, principalement en 2010⁵⁰. Néanmoins et heureusement, il ne faut actuellement déplorer aucun réel fait divers dramatique qui aurait pu inviter le Gouvernement voire le législateur à étudier la question. Cette situation n'aurait pas été improbable comme l'illustre l'incrimination pénale du « *happy slapping* », qui consiste à filmer une scène de violence ou d'humiliation à l'encontre d'une victime. Face à la propagation de ce phénomène au Royaume-Uni et à son exportation dans d'autres pays dont la France, le législateur a rédigé une infraction spécifique pour ce comportement pour éviter toute étendue du phénomène⁵¹. Outre les conséquences critiquables opposées à ce texte d'incrimination, celui-ci n'était pas utile⁵².

La question qui se pose est de savoir si ces soirées peuvent être sanctionnées sur le fondement d'une incrimination existante. En effet, si la médiatisation est retombée, cela n'implique pas que le phénomène ait disparu. Pour les faits de consommation d'alcool et de stupéfiants qui participent à la réalisation de ces soirées, des incriminations spécifiques de provocation à la consommation de ces substances sont intégrées dans le Code pénal aux articles 227-18 (usage et trafic de stupéfiants)⁵³ et 227-19 (alcool)⁵⁴. Compte tenu du thème de cet article, il convient d'envisager principalement la problématique des relations sexuelles, puisque ces soirées semblent pouvoir s'apparenter à de véritables orgies entre adolescents ou jeunes majeurs. Les relations s'effectuent en public devant les autres participants, dont l'âge moyen oscille entre 15 et 25 ans. La réflexion va ainsi permettre de déterminer si ces soirées peuvent faire l'objet d'une répression sur le fondement de l'incrimination de corruption de mineurs. Prévue à l'article 227-22 du Code pénal, cette incrimination apparaît comme le fondement juridique le plus adapté à la définition proposée de ces soirées, notamment par référence à l'âge moyen des participants. Pour que cette

49. F. BERTEAU, « Dans une *Skins party* il n'y a ni interdits ni limites », *L'express*, 14 septembre 2009.

50. Parmi quelques reportages diffusés, il est possible de citer par exemple : « *Skins party : no limit* » diffusé sur TF6 ; le sujet intitulé « *Glam, blogs et Rock'n'roll* » dans l'émission *Envoyé spécial* diffusé sur France 2 ; l'émission de *Zone interdite* diffusée sur M6 intitulée « Porno, Internet, *Skins party* : quels dangers pour la sexualité des ados ? » ; l'émission d'*Enquête et révélations* diffusée sur TF1 intitulée « Sexe, alcool et drogues : enquête sur la face cachée des ados ».

51. C. pén., art. 222-33-3.

52. E. DREYER, *Droit pénal spécial*, Ellipses, coll. « Cours magistral », 2008, § 157, p. 71.

53. L'article 227-18-1 du Code pénal prévoit également le fait de provoquer directement un mineur à transporter, détenir, offrir ou céder des stupéfiants.

54. Si l'incrimination de provocation à l'usage de stupéfiant sanctionne l'usage habituel ou occasionnel, l'incrimination de provocation d'alcool sanctionne la consommation habituelle et excessive, rendant cette seconde incrimination plus difficile à mettre en œuvre.

incrimination soit retenue, il faut que l'auteur recherche à exciter la sexualité d'un mineur, c'est-à-dire qu'il provoque les pulsions sexuelles du mineur⁵⁵ avec l'idée de perversion de sa jeunesse⁵⁶.

Sur le plan matériel, il faut alors un acte de nature sexuelle qui se présente en contradiction avec la normalité des comportements sexuels, ce à quoi correspond le fait d'avoir des rapports sexuels en public devant ou avec un mineur. Ce comportement d'une personne majeure est d'ailleurs expressément prévu par l'alinéa second de l'article, qui prend le soin de prévoir l'organisation de réunions « *comportant des exhibitions ou des relations sexuelles auxquelles un mineur assiste ou participe* ». En outre, il importe peu que le mineur soit déjà corrompu ou consentant, ce qui pourrait être notamment le cas si le mineur a déjà participé à plusieurs soirées : cela n'excuse pas le délit de celui qui a procuré des facilités pour cette débauche⁵⁷. Toutefois, cette incrimination ne conviendra pas pour certaines situations. Il faudra lui préférer l'incrimination d'atteintes sexuelles si des rapports sexuels ont lieu entre un majeur et un mineur de moins de 15 ans. *A contrario*, il faudra abandonner cette incrimination si le comportement se limite à une séduction personnelle et directe participant à un acte de « *dragage* » ou à la satisfaction des pulsions personnelles du mis en cause, envers un mineur de plus de 15 ans⁵⁸. Deux jurisprudences anciennes semblent pouvoir corroborer cette analyse sur ces soirées puisque louer habituellement une chambre à des mineurs pour qu'ils se livrent à la débauche⁵⁹ ou fournir un local où les mineurs peuvent se livrer à la débauche ont été analysés comme une corruption de mineurs⁶⁰.

Sur le plan moral, l'auteur doit avoir agi en sachant qu'il développe les pulsions sexuelles d'une victime mineure. Il doit ainsi avoir conscience des conséquences d'un tel comportement sur le mineur. Cette conscience est facilitée s'agissant des faits du second alinéa de cet article, qui correspond aux actes les plus critiquables d'une « *Skins party* ». Cependant, la justification d'une erreur sur l'âge de la victime peut être utilisée comme élément de défense⁶¹, bien qu'il semble que la définition de ces soirées renforce la probabilité d'être en présence de mineurs, minorant la possibilité d'invoquer une telle erreur.

A la lecture de cet exposé, on comprend que les personnes les plus exposées à des sanctions sont les organisateurs de ces soirées qui vont accueillir des mineurs, y compris s'ils sont eux-mêmes mineurs et s'ils n'ont eu aucune volonté vénale⁶². En outre, la sanction sera d'autant plus facilitée si ces personnes sont majeures par référence à l'alinéa second de l'article 227-22 du Code pénal. S'agissant des participants, la distinction s'effectuera vis-à-vis de la volonté de corrompre un mineur ou d'assouvir des pulsions personnelles. Dès lors, le texte d'incrimination de corruption de mineurs remplit son rôle protecteur pour faire face à ce type de soirée. La grande difficulté réside alors dans l'application pratique de telles poursuites, d'une part pour

55. Cass. crim., 21 avr. 1855, DP 1855. 1. 221-222 ♦ Cass. crim., 27 avr. 1854, DP 1854. 1. 261, 1^{ère} espèce.

56. Cass. crim., 14 nov. 1990, Dr. pén. 1991, comm. 105.

57. Cass. crim., 12 déc. 1863, DP 1866. 5. 34 ♦ Cass. crim., 18 nov. 1892, DP 1894. 1. 198

58. Cass. [ch. réun.], 1^{er} mai 1854, DP 1854. 1. 261 (2^e espèce) ♦ Cass. crim., 14 nov. 1990, préc.

59. Cass. crim., 6 juill. 1966, Bull. crim. n° 194.

60. Cass. crim., 21 avr. 1893, Bull. crim. n° 105.

61. Cass. crim., 6 nov. 1963, Bull. crim. n° 311.

62. Cass. crim., 22 juill. 1880, DP 1881. 1. 91.

avoir connaissance
part pour mettre
être associé à un

L'adolescent doit
riences sexuelle
nations permette
« premières fois
nées, voire de pr
l'âge) ou consent
risées entre min
mineurs pourra é

Cet exemple de
possible mais ég
vers sa vie d'adu
protection est d
moyens de comr

II - LA DÉTERMINA

L'évolution des n
aujourd'hui coura
les rues avec de
ou vestimentaire.
des chaînes nat
contenus évocat
propos évoqués.
sujet, cela entra
sexe. Toutefois,
l'objet de restrict
chaînes nécessit
par la liberté d'ac

Il ne fait plus de
criminalités tech
criminels⁶⁵. Les
risques pour les
violents ou porno
se multiplient pot
logiciels de prote
confrontés aux ris

63. Bien évidemment
constat peut appara
toute autre norme p

64. Il s'agit de la situ
jeune. On considéré

65. F.-X. ROUX-DEV

avoir connaissance de l'organisation de soirées et identifier les infracteurs, et d'autre part pour mettre en œuvre l'action publique à l'encontre de ce comportement pouvant être associé à une soirée de « *jeunes fêtards* ».

L'adolescent doit ainsi pouvoir découvrir sa sexualité et avoir ses premières expériences sexuelles en toute liberté mais également en toute sécurité. Les incriminations permettent de protéger cette innocence sexuelle et de préserver la pureté des « *premières fois* ». La majorité sexuelle le met à l'abri des personnes mal intentionnées, voire de prédateurs sexuels, que le comportement soit contraint (quel que soit l'âge) ou consenti (moins de 15 ans)⁶³. Il faut souligner que, si les relations sont autorisées entre mineurs sans prévision particulière, le très faible âge d'un des deux mineurs pourra être considéré comme un acte contraint⁶⁴.

Cet exemple des « *Skins party* » permet de démontrer que cette protection est possible mais également nécessaire pour encadrer le parcours de la jeune personne vers sa vie d'adulte, notamment sur le plan de sa maturité sexuelle. Toutefois, cette protection est de plus en plus difficile à mettre en œuvre face à l'évolution des moyens de communication.

II – LA DÉTERMINATION DE LA VIRTUALITÉ SEXUELLE

L'évolution des mœurs s'inscrit dans l'exemple de l'appréhension de la nudité. Il est aujourd'hui courant de voir des publicités à la télévision ou sur des affichages dans les rues avec des personnes nues, pour vanter les mérites d'un produit alimentaire ou vestimentaire. Pire, certaines émissions destinées à un grand public diffusées par des chaînes nationales à des heures de grande écoute peuvent posséder des contenus évocateurs en matière de sexe, tant du point de vue de l'image que des propos évoqués. Que l'on s'offusque ou non de cette nouvelle appréhension de ce sujet, cela entraîne un affaiblissement progressif de la frontière entre la nudité et le sexe. Toutefois, les programmes érotiques et pornographiques à la télévision font l'objet de restrictions d'heure de diffusion, la pornographie étant diffusée sur des chaînes nécessitant un abonnement. Cette limitation d'accès est aujourd'hui effacée par la liberté d'accès offerte par Internet.

Il ne fait plus de doute qu'Internet est l'exemple type de la source de nouvelles criminalités technologiques démontrant une adaptation et une modernisation des criminels⁶⁵. Les dangers d'Internet sont désormais connus, notamment quant aux risques pour les plus jeunes dans leur accès facilité à des contenus aux caractères violents ou pornographiques. Les campagnes de sensibilisation des pouvoirs publics se multiplient pour mettre en garde les potentielles victimes et inviter à utiliser des logiciels de protection parentale. Malgré ces avertissements, les mineurs demeurent confrontés aux risques du sexe virtuel, tant comme victimes (A) qu'infracteurs (B).

63. Bien évidemment, il s'agit de la fonction attachée à ces incriminations pénales. Si ce constat peut apparaître naïf ou idéalisé, nous avons conscience que ces incriminations, comme toute autre norme pénale, n'empêchent pas leur violation.

64. Il s'agit de la situation où un mineur adolescent a des rapports sexuels avec une victime très jeune. On considérera que le très jeune mineur n'a pas consenti à l'acte sexuel.

65. F.-X. ROUX-DEMARE, *De l'entraide pénale à l'Europe pénale*, préc., t. I, § 71 et s., p. 67 et s.

Les adultes peuvent accéder librement à la pornographie, notamment sur Internet. La limite dans cet accès concerne principalement la pédopornographie. L'exploitation de l'image du mineur est incriminée par l'article 227-23 du Code pénal par la prévision de plusieurs types de comportement : les faits de fixation, d'enregistrement ou de transmission de l'image pornographique d'un mineur ; les faits d'offrir, de rendre disponible ou de diffuser une telle image ; et les faits de consultation habituelle de sites Internet diffusant de tels contenus. De nombreux comportements sont ainsi expressément prévus avec une volonté louable de protection des enfants.

S'agissant des relations entre un majeur et un mineur par le lien d'Internet, il faut distinguer différentes situations : les correspondances, les propositions sexuelles, les comportements sexuels imposés à la vue du mineur et le « *sexe virtuel* ».

Correspondances. L'article 227-24 du Code pénal sanctionne la transmission de message à caractère violent ou pornographique qui pourrait être vu par une personne mineure. Il faut souligner que la sanction concerne la diffusion consciente comme la diffusion imprudente ou négligente. L'explosion du phénomène des réseaux sociaux soulève plusieurs critiques. Il est désormais courant de voir des messages postés sur « *Facebook* » ou sur « *Twitter* » dont le contenu possède un caractère pornographique voire s'accompagne de photographies pornographiques. Bien qu'une grande majorité de ces messages n'aient pour seul but que l'humour, leur contenu pornographique relève de cette incrimination.

Propositions sexuelles. L'article 227-22-1 du même code prohibe le fait pour un majeur de faire des propositions sexuelles à un mineur de quinze ans ou à une personne se présentant comme telle en utilisant un moyen de communication⁶⁶. Il s'agit de prévenir les actes pédophiles résultant de prédateurs sévissant sur Internet, en protégeant les mineurs par référence au seuil des quinze ans. C'est une infraction formelle qui punit la simple proposition, les peines étant cependant aggravées lorsque les propositions sont suivies d'une rencontre.

Comportements sexuels imposés. Il s'agit du comportement sexuel imposé à la vue d'une tierce personne en utilisant un moyen de communication. Il s'agit d'un comportement non voulu, soit contraint. En l'absence de contact physique entre l'auteur et sa victime, il convient de se reporter sur l'incrimination d'exhibition sexuelle (article 222-32 du Code pénal) ou d'harcèlement sexuel (article 222-33 du Code pénal), en fonction des circonstances. En pratique, il semble possible d'affirmer que la majorité de ce type de comportements imposés relève de l'exhibition sexuelle. Il s'agira alors d'une application classique de cette incrimination, avec la particularité que le comportement imposé à la vue d'autrui s'effectue par le biais d'Internet. Ce comportement fera l'objet d'une sanction que la victime soit mineure ou majeure. Toutefois, imposé à un mineur et selon les circonstances, ce comportement d'exhibition peut éventuellement faire l'objet d'une qualification de corruption de mineurs ou de proposition sexuelle à un mineur de quinze ans⁶⁷. Si les faits de harcèlement sexuel *via* Internet sont certainement moins courants, ils ont pu donner lieu à des faits divers drama-

66. A.-G. ROBERT, « Propositions sexuelles à mineur de quinze ans par voie de communication électronique », in *J.-Cl. pénal Code*, fasc. 20, 15 juin 2009.

67. CA Douai, 24 février 2004, *Juris-Data* n° 2004-244870 ♦ CA Paris, 28 juin 2006, *Juris-Data* n° 2006-313073.

tiques, provoquant pour être préans ou l'infraction cause. Ce caractère répression plus

« *Sexe virtuel* » « *sexe virtuel* » expression, il faut caméra vidéo, masturbations familière de « pas lieu à un enner cette fixation diffusion, etc.)⁷⁰ Internet permet l'aide de web pornographique interposées pour relation des adultes une frontière in pornographique désormais de l'

Il ne fait aucun tion des photog teur mineur qu mineurs⁷¹. La c sexuel réalisé actes sexuels sexuel partagé délicate lorsqu Ainsi, s'il peut peut-il entreten

Sans incrimina corruption de n l'encontre d'un masturbatoires La Cour de ca tionnel du délit

68. J. HOURDEAU observateur, 18 d *New York Times*,

69. F.-X. ROUX-D phénomène délin

70. Il faut soulig transmission de d'une « relation

71. Pour une mé crim., 18 févr. 20 pourvoi n° 05-83.

72. CA Rouen, 9

tiques, provoquant le suicide de la victime mineure⁶⁸. Comme pour l'exhibition, il pourra être préféré l'incrimination de proposition sexuelle si le mineur a moins de 15 ans ou l'infraction de corruption de mineurs selon les propos tenus par le mis en cause. Ce changement de qualification en raison d'une victime mineure permet une répression plus sévère de ces comportements.

« *Sexe virtuel* ». Le dernier comportement soulève plus de difficulté. Il s'agit du « *sexe virtuel* » ou le fait d'avoir des « *relations sexuelles virtuelles* ». Par cette expression, il faut comprendre les comportements d'excitation sexuelle à l'aide d'une caméra vidéo, permettant une exhibition de la nudité du corps et éventuellement des masturbations entre les partenaires par caméras interposées, d'où l'expression familière de « *plan-cam* »⁶⁹. Il faut souligner que ces relations virtuelles ne donnent pas lieu à un enregistrement vidéo puisqu'un autre fondement permettra de sanctionner cette fixation ou les comportements pouvant en découler (enregistrement, diffusion, etc.)⁷⁰. Cette question semble aujourd'hui importante puisque les sites Internet permettant de discuter en ligne (« *tchat* »), y compris à travers l'image à l'aide de webcam, sont extrêmement nombreux. Certains sites expressément pornographiques proposent une mise en relation entre les personnes par caméras interposées pour avoir de telles relations. En outre, il existe des sites pour mettre en relation des adolescents (à partir de 15 ans) ou des jeunes majeurs entre eux, avec une frontière incertaine entre recherche d'amitié ou de sexualité. Si l'accès aux sites pornographiques a longtemps été la plus grande préoccupation, la question se pose désormais de l'existence des « *relations sexuelles virtuelles* ».

Il ne fait aucun doute aujourd'hui que le fait pour une personne de mettre à disposition des photographies ou des vidéos pornographiques pour obtenir de son interlocuteur mineur qu'il se masturbe seul devant sa caméra constitue une corruption de mineurs⁷¹. La question peut soulever plus de difficulté s'agissant d'un comportement sexuel réalisé en commun, c'est-à-dire lorsque les deux personnes effectuent des actes sexuels pour s'exciter l'un l'autre devant leur caméra et aboutir à un plaisir sexuel partagé même « *virtuellement* ». En effet, la question peut apparaître délicate lorsque le mineur a plus de 15 ans, puisqu'il a atteint la majorité sexuelle. Ainsi, s'il peut avoir des relations sexuelles physiques avec une personne majeure, peut-il entretenir des « *relations sexuelles virtuelles* » ?

Sans incrimination spécifique, la jurisprudence a recours à l'incrimination de corruption de mineurs. La cour d'appel de Rouen a ainsi retenu cette incrimination à l'encontre d'un homme s'exhibant devant de jeunes filles mineures avec des gestes masturbatoires et leur demandant d'exhiber leurs fesses, leur sexe ou leur poitrine⁷². La Cour de cassation confirme la caractérisation des éléments matériels et intentionnel du délit de corruption de mineurs lorsqu'un homme se masturbe au téléphone

68. J. HOURDEAUX, « Le suicide d'une ado relance le débat sur le harcèlement », *Le nouvel observateur*, 18 octobre 2012 ; J. MCKINLEY, « Des adolescents gays poussés au suicide », *The New York Times*, 11 oct. 2010 (publication en français dans le journal *Courrier international*).

69. F.-X. ROUX-DEMARE, « Entre lutte et bienveillance : paradoxes de l'approche législative du phénomène délinquant », *Rev. pénit.* 2013, p. 555 et s.

70. Il faut souligner qu'il n'y a aucune distinction entre la fixation, l'enregistrement et la transmission de l'image pornographique d'un mineur qui résulte d'une relation physique ou d'une « *relation virtuelle* » avec le mineur.

71. Pour une même affaire : CA Paris, 23 mai 2008, *Juris-Data* n° 2008-364860 ♦ et Cass. crim., 18 févr. 2009, pourvoi n° 08-84.494, inédit. Voir également : Cass. crim., 1^{er} mars 2006, pourvoi n° 05-83.949, inédit ♦ Cass. crim., 11 sept. 2007, pourvoi n° 07-82.018, inédit.

72. CA Rouen, 9 nov. 2011, *Juris-Data* n° 2011-033428.

et demande à une fille mineure d'en faire autant, ou pour avoir demandé à ses interlocutrices de se masturber pendant qu'il en faisait de même⁷³. Ainsi, l'accord ou la complicité dans le comportement sexuel virtuel ne semble pas modifier la nature infractionnelle du comportement, y compris à l'égard de mineurs âgés de plus de 15 ans⁷⁴ et quand bien même la scène s'effectue en « couple »⁷⁵.

Autre difficulté, que penser du même comportement entre des adolescents ? Il faut rappeler que l'incrimination de corruption de mineurs peut être opposée à l'encontre du comportement d'un mineur envers un autre mineur.

Puis, qu'en est-il d'un couple formé d'un mineur de plus de 15 ans et d'un majeur qui ont des relations sexuelles physiques mais également virtuelles ? La finalité du comportement virtuel reste, on peut l'imaginer, la volonté de trouver un plaisir commun, que l'on soit ou non en couple avec la personne. Dès lors, le majeur pourrait être inquiet pour sa relation virtuelle alors qu'il peut légalement entretenir une relation physique avec la même personne.

Certes, dans ces deux dernières situations et en fonction des circonstances, les juges pourront déclarer une absence du nécessaire *dol* spécial, c'est-à-dire la volonté de corrompre la jeunesse. Pourtant, la situation est-elle si éloignée de la situation précédente ? En outre, la personne pourra éventuellement faire valoir que ces faits visaient uniquement à assouvir ses propres pulsions ou ses propres instincts avec le mineur seul⁷⁶. De même, la question de l'erreur sur l'âge du mineur pourra également à nouveau être évoquée, notamment si les faits se déroulent à l'aide d'un site réservé aux personnes majeures. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence reste discrète ou faible sur ces faits. Il n'y a aucun étonnement quant à cette observation : le comportement étant consenti, il semble difficilement décelable. De plus, il semble quasiment impossible de conserver les données relatives aux discussions par webcam sans enregistrement des protagonistes eux-mêmes, ce qui aura éventuellement pour effet de modifier l'incrimination. Il semble possible de penser que ces comportements donneront lieu à des poursuites lorsqu'ils seront accompagnés de faits plus critiquables, constituant sans discussion une incrimination : enregistrement vidéo et diffusion du comportement sexuel du mineur, demande de réalisation d'un comportement particulièrement obscène, etc.

Avec l'évolution de la vie sociale par Internet, il ne semble plus anodin de réfléchir à la réalité juridique des relations virtuelles, dont les relations sexuelles. L'explosion des sites de rencontre par Internet et des nouveaux couples formés à l'aide de l'outil informatique laissent à prévoir un renforcement de ce comportement social virtuel dans l'avenir. Il n'est pas utopique de dire que les premières découvertes sexuelles des

73. Cass. crim., 5 janv. 2011, pourvoi n° 10-80.710, inédit.

74. La question ne se pose pas pour des mineurs de moins de 15 ans. Compte tenu du jeune âge de la victime, la corruption semble bien évidemment plus facilement acquise (Cass. crim., 15 juin 1954, *Bull. crim.* n° 215 ♦ Cass. crim., 17 oct. 1956, *Bull. crim.* n° 648 ♦ Cass. crim., 12 sept. 2007, *D.* 2008. 1860, obs. Bonfils).

75. En effet, il faut constater que la jurisprudence citée classiquement pour présenter l'infraction de corruption de mineurs concerne un acte impudique devant plusieurs mineurs en même temps (Cass. crim., 12 janv. 1867, *DP* 1869. 5. 30 ♦ Cass. crim., 19 déc. 1868, *DP* 1869. 5. 29-30 ♦ Cass. crim., 18 nov. 1892, *DP* 1894. 1. 198) ou un acte qui dépasse un acte d'excitation ou de masturbation à l'image de la demande faite au mineur de photographier l'acte du majeur (Cass. crim., 1^{er} févr. 1995, *Bull. crim.* n° 43).

76. CA Bastia, 20 juin 2001, *RG* n° 2001/00145 ♦ Cass. crim., 25 janv. 1983, *Bull. crim.* n° 29 ♦ Cass. crim., 19 juin 1996, *Bull. crim.* n° 265.

adolescents vont de continuer à distinguer « sexuelle virtuelle », justifications de cette raison des risques à poser des difficultés de sexualité. En outre, infractions qui découlent particulièrement au Internet ou le charisme exhibitionniste d'une

B - LE MINEUR, INFRA

L'accès à Internet infractionnel. Dès différentes formes de terroristes ou de meurtres commis par les mineurs. Toutefois, de nouvelles développent auprès des jeunes mineurs sera caractérisé par un intérêt prédominant des mineurs. La publication de leur image par le mineur

S'agissant de la diffusion ou s'étonner d'une image pas nécessairement des mineurs peut également photographies pornographiques sociales amène les auteurs de blogs, sur des sites. Au-delà, ils peuvent publier de leur part. Dans ce cas, se pose le problème de l'image pédopornographique sur le fondement de

Le second comportement d'Internet par le mineur est un phénomène de prostitution

77. « Suicide après un acte de chantage sur Internet », *AFP*, 30 octobre 2012.

78. Organisation des Nations Unies et le traitement des délits

79. CA Nîmes, 22 mai 2011.

adolescents vont de plus en plus se faire par le biais de leur ordinateur. Peut-on alors continuer à distinguer une majorité sexuelle physique à 15 ans et une « majorité sexuelle virtuelle » à 18 ans ? Fondées sur la protection de la jeunesse, les justifications de cette distinction d'âge sont bien évidemment louables, notamment en raison des risques particuliers d'Internet. Cependant, cette distinction n'est pas sans poser des difficultés quant à la cohérence de la législation sur l'appréhension de la sexualité. En outre, il apparaît impératif de renforcer la répression contre les infractions qui découlent des « relations sexuelles virtuelles » en s'intéressant plus particulièrement aux nouvelles pratiques que constituent le harcèlement sexuel par Internet ou le chantage après avoir effectué une fixation vidéo d'un comportement exhibitionniste d'une personne⁷⁷.

B – LE MINEUR, INFRACTEUR DU SEXE VIRTUEL

L'accès à Internet offre une plus grande facilité pour avoir un comportement infractionnel. Dès lors, « les criminels informatiques sont aussi variés que les différentes formes de crime qu'ils pratiquent. Il peut aussi bien s'agir d'étudiants, de terroristes ou de membres du crime organisé »⁷⁸. Les lycéens peuvent ainsi facilement commettre des infractions sur « la toile ». L'exemple privilégié d'infractions commises par les jeunes populations sur Internet est le téléchargement illégal. Toutefois, de nouveaux comportements infractionnels, de nature sexuelle, se développent auprès des adolescents, ce qui n'est pas sans poser de difficultés. Il ne s'agit pas de la consultation de sites pornographiques interdits aux mineurs, où le jeune mineur sera considéré comme une victime. Deux comportements suscitent un intérêt prédominant : la diffusion d'images pédopornographiques et la prostitution des mineurs. La particularité de ces infractions, c'est que le comportement est commis par le mineur lui-même.

S'agissant de la diffusion d'images pédopornographiques, il faut désormais constater ou s'étonner d'une diffusion effectuée par le mineur lui-même. Cette diffusion n'est pas nécessairement le seul fait d'Internet puisque une jeune victime de corruption de mineurs peut également être à l'origine d'une annonce pour commercialiser des photographies pornographiques d'elle-même⁷⁹. Cependant, l'évolution des réseaux sociaux amène les adolescents à exposer leur vie privée avec une grande facilité sur des blogs, sur des sites de partage de photographies ou sur des sites de discussion. Au-delà, ils peuvent également utiliser ces sites pour se dévoiler physiquement par la publication de leur photographie personnelle où ils apparaissent dénudés. Dans ce cas, se pose le problème de la diffusion volontaire de sa propre image qui est une image pédopornographique. Rien ne semble alors empêcher de poursuivre le mineur sur le fondement de l'article 227-23 du Code pénal.

Le second comportement soulève encore plus d'inquiétude en raison de l'utilisation d'Internet par le mineur pour se prostituer. Pour réagir face à l'augmentation du phénomène de prostitution des personnes mineures en France comme dans les pays

77. « Suicide après un chantage sur Internet : les parents portent plainte », *Sud Ouest avec AFP*, 30 octobre 2012 ; V. DURUPT, « A Brest, un adolescent se suicide après avoir été victime de chantage sur Internet », *Le Monde*, 29 octobre 2012.

78. Organisation des Nations unies, X^e congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, « Lutter contre la criminalité sur le Net », *Information de base No4*, publié par le Département de l'information de l'ONU, DPI/2088/H, mars 2000, p. 1.

79. CA Nîmes, 22 mai 2001, *Juris-Data* n° 2001-157851.

étrangers, l'article 13 de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002⁸⁰ dispose que « I. La prostitution des mineurs est interdite sur tout le territoire de la République. II. Tout mineur qui se livre à la prostitution, même occasionnellement, est réputé en danger et relève de la protection du juge des enfants au titre de la procédure d'assistance éducative ». Le mineur qui se prostitue s'identifie comme une personne en danger, c'est-à-dire une victime. Pour lutter contre ce phénomène, l'alinéa 1^{er} de l'article 225-12-1 du Code pénal incrimine le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir, en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération, des relations de nature sexuelle de la part d'un mineur qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle. Il s'agit de réprimer le client dès lors que l'on constate des relations de nature sexuelle accompagnées d'une rémunération. Tant la sollicitation que l'acceptation font l'objet d'une répression sans distinction : peu importe alors que la demande provienne du mineur. De plus, il n'y a pas d'indication que l'auteur de l'infraction doit être un majeur, ce qui ouvre la voie à la répression du mineur qui sollicite ou accepte la proposition.

Internet semble permettre le déroulement de deux situations distinctes. Premièrement, Internet peut être le moyen pour le mineur de trouver des clients en proposant « ses services » via les réseaux sociaux pour faciliter une rencontre réelle. Dans ce cas, la faute repose sur la personne acceptant les sollicitations offertes. Pire, les peines sont aggravées dès lors que le mineur a été mis en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de communication⁸¹. La sanction du client semble justifiée puisque l'on peut d'une part présumer que le mineur prostitué se trouve dans un état de besoin évident et, d'autre part, que le client profite de sa détresse. Toutefois, il faut nuancer cette justification si le mineur prostitué sollicite un autre mineur. Il semble possible de présumer que le mineur payant pour avoir des relations sexuelles, placé dans une situation où on lui propose de telles relations, se trouve également dans une certaine détresse. Dès lors, si les sollicitations proviennent du mineur prostitué, il deviendrait inéquitable de ne sanctionner que le mineur acceptant la proposition qui lui est faite. A contrario, aucune distinction n'est nécessaire à l'égard du client majeur. Il apparaît même étonnant de constater que si une personne majeure sollicite d'un mineur de plus de 15 ans une relation sexuelle rémunérée, il encourt trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende (à défaut de circonstance aggravante) alors que la corruption de mineurs est sanctionnée par une peine de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende.

Deuxièmement, Internet offre la possibilité de pratiquer un nouveau type de prostitution que l'on peut qualifier de « virtuelle » prenant la forme d'un « show » en direct devant une caméra contre une rémunération. Ce paiement peut s'effectuer par un transfert d'argent (notamment à l'aide de mode de paiement en ligne) ou par l'attribution de crédits⁸². A l'image de la correspondance entre la sexualité et la prostitution, le développement des « relations sexuelles virtuelles » donne lieu à l'apparition d'une « prostitution virtuelle ». Si le comportement ne donne lieu qu'à un spectacle auquel assiste un client, sans fixation, enregistrement et diffusion de

80. L. n° 2002-305, 4 mars 2002, relative à l'autorité parentale, *JORF*, 5 mars 2002, p. 4161, texte n° 3.

81. C. pén., art. 225-12-2.

82. Certains sites proposent l'achat de crédits qui peuvent alors être offerts aux personnes proposant des « show » de nature sexuelle. La personne peut ensuite échanger ses crédits contre une rétribution financière.

l'image du mineur
hender juridique
l'incrimination d
225-12-1 du Co
distinguer des re
pas de définition
dence de la pro
corps, moyenna
que soit la natu
peines peut inv
mineurs, ce qu
d'ailleurs incohé
et sur un fondem
L'incohérence s
indistinctement
pour ces relation
la jeunesse ! Po
une répression
pédopornograph

Ces différents de
mineurs face à l
être protégé cor
peut être l'auteu
l'accent sur la ré
Le second choix

Quant à l'interac
toute personne l
véritable mesur
lièrement et heu
Toutefois, si l'ap
infractionnels, il
compte l'évolutio

83. X. SAMUEL, «
vulnérables », in

84. Cass. crim., 11
et infractions qui e

l'image du mineur (soumis à des incriminations spécifiques), comment doit-on appréhender juridiquement ce comportement ? Pour le client, le choix s'effectue entre l'incrimination de corruption de mineurs et du recours à la prostitution. L'article 225-12-1 du Code pénal incrimine des « relations de nature sexuelle », sans distinguer des relations physiques réelles ou des relations virtuelles. La loi n'apporte pas de définition ce qui invite à prendre en compte la définition donnée par la jurisprudence de la prostitution en matière de proxénétisme⁸³, soit « le fait d'employer son corps, moyennant une rémunération, à la satisfaction des plaisirs du public, quelle que soit la nature des actes de lubricité accomplis »⁸⁴. Néanmoins, l'échelle des peines peut inviter, pour une plus grande répression, à retenir la corruption de mineurs, ce que justifiera l'adage « *specialia generalibus derogant* ». Il serait d'ailleurs incohérent de punir sur ce fondement une relation virtuelle non rémunérée et sur un fondement plus avantageux une rémunération d'un comportement similaire. L'incohérence subsiste néanmoins puisque les juridictions peuvent sanctionner indistinctement et sur le même fondement un comportement bien différent : payer pour ces relations virtuelles apparaît bien plus grave et révélateur d'une corruption de la jeunesse ! Pour le mineur proposant les spectacles, il semble possible d'envisager une répression puisque le comportement s'apparente à une diffusion d'images pédopornographiques.

Ces différents développements démontrent les difficultés relatives à la protection des mineurs face à la découverte de leur vie sexuelle. Ils soulignent que le mineur doit être protégé contre les faits d'une tierce personne mais également des faits dont il peut être l'auteur-victime. La question se pose alors de savoir s'il convient de mettre l'accent sur la répression ou sur l'assistance envers un mineur se mettant en danger. Le second choix tombe sous le sens.

Quant à l'interaction entre les notions de liberté et de sexe, il ne fait pas de doute que toute personne bénéficie d'une grande liberté dans le choix de sa sexualité. La seule véritable mesure d'encadrement concerne donc la protection du mineur, particulièrement et heureusement par la fixation d'un seuil déterminant la majorité sexuelle. Toutefois, si l'appareil répressif existe avec une grande prévision de comportements infractionnels, il pourrait faire l'objet d'une meilleure cohérence pour prendre en compte l'évolution sociale de la société, et pas seulement technique.

83. X. SAMUEL, « Recours à la prostitution de mineurs ou de personnes particulièrement vulnérables », in *J.-Cl. Pénal Code*, fasc. 20, 15 avril 2006, §11.

84. Cass. crim., 19 nov. 1912, DP 1913. 1. 353 ; Voir également M.-L. RASSAT, « Proxénétisme et infractions qui en résultent », in *J.-Cl. pénal Code*, fasc. 20, 10 janv. 2009, §12.